

Considerações sistemáticas sobre o princípio da vinculação do juiz no processo penal

Christopher Alexander Roisin¹

Juiz de Direito substituto no Estado de São Paulo

129

RESUMO: O presente artigo é fruto do exercício da magistratura no Estado de São Paulo, à frente de Varas Criminais, nas quais o princípio da identidade física do juiz em sede de processo penal, ainda pouco debatido pela doutrina e pouco apreciado pelas cortes brasileiras, é enfrentado pelos juízes de primeiro grau diariamente. Cuidou-se de expor o procedimento oral no qual se insere o princípio da identidade física do juiz, inicialmente, em matéria de processo civil, descrevendo sua evolução histórico-legislativa em breves linhas para, ao depois, cuidar deste princípio na seara penal, não em termos teóricos, desde há muito analisados pela doutrina, que clamava pela sua inserção no processo criminal, mas pragmáticos em relação à nova legislação. Em seguida, apresentaram-se os princípios constitucionais envolvidos e, com base neles, formularam-se interpretações à nova lei a respeito da identidade física do juiz na seara processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento oral – Princípio da identidade física do juiz – celeridade processual – imparcialidade – interpretação sistemática.

¹ Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Público pela EPD e em Direito Tributário pela UniFMU.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O procedimento oral no processo civil. 2.1. O princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Civil. 3. Princípio da identidade física do juiz no processo penal. 3.1. A nova legislação e os princípios constitucionais envolvidos. 3.2. As possíveis interpretações do princípio em tela. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo busca interpretar em breves considerações o “novo” princípio da identidade física do juiz aplicável ao processo penal, analisando-o sob critérios sistemáticos e à luz do regime constitucional.

Primeiro, cuidar-se-á de analisá-lo resumidamente em matéria processual civil, partindo-se do princípio da oralidade no qual se insere, apresentando sua evolução histórico-legislativa, isto porque sua formulação em termos processuais civis é, muitas vezes, utilizada para explicar o conteúdo, em extensão e intensidade, do princípio correlato em sede processual penal.

A seguir, apreciar-se-á sua definição legal, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, cotejando-a com os princípios informadores do processo penal (*ius libertatis*, *ius puniendi* e razoável duração do processo), a partir dos quais se a interpretará.

O presente ensaio visa afastar-se da conclusão óbvia de aplicação analógica das regras e conclusões de processo civil à seara penal, com vistas a desvendar, científica e pragmaticamente, o correto conteúdo do mesmo princípio aplicado a campos diversos do conhecimento jurídico, governados por regimes jurídicos distintos, de modo que embora seja o mesmo não são iguais.

2. O procedimento oral no processo civil

O princípio da identidade física do juiz pressupõe os princípios da imediação e da concentração dos atos processuais e é corolário da oralidade do procedimento.

“*Processo oral* é o sistema em que os atos processuais se realizam de modo a propiciar o contato do juiz com as fontes de prova e com as alegações das partes, com vistas à captação mais autêntica dos elementos com base nos quais julgará”².

O sistema processual oral depende, para ser eficaz, da realização dos princípios que o compõem e lhe dão substância, são eles: a imediatidade entre o juiz e a prova oral; a concentração dos atos processuais (audiência una); a irrecorribilidade das decisões interlocutórias; e a identidade física do juiz.

Ao presente estudo importa aprofundar a análise do princípio da identidade física do juiz, como revelador e realizador da oralidade do procedimento processual.

Todavia, é de se destacar que a vontade da lei, a norma verdadeira que se retira de seu texto, é tornar a audiência criminal una, adotando o princípio da concentração dos atos processuais. Nesse sentido os artigos 399 *caput* e 400 *ca-*

² Candido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 450.

put, do Código de Processo Penal ("Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente."; e "Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.").

A exceção à unidade da audiência encontra-se na hipótese da colheita de provas por carta precatória (art. 222, CPP).

2.1. O princípio da identidade física do juiz no Código de Processo Civil³

O princípio da identidade física do juiz estabelece que o magistrado que presidiu a audiência de instrução, vale dizer, que colheu a prova oral, deverá sentenciar o processo. Cuida-se de uma consequência lógica do procedimento oral, aliado à imediatidade e à concentração.

"Para prestigiar a *oralidade no procedimento*, o Código de Processo Civil dita a regra da *identidade física do juiz*, que dela é corolário (...). A redação de seu art. 132 não é das mais claras (*o juiz que concluir a audiência julgará a lide*) mas, em face das conhecidas construções doutrinárias em torno do instituto, entende-se (a) que **um só juiz deve colher toda a prova oral**, sem que, nos limites da vinculação, possa outro prosseguir na tomada de prova já iniciada; b) que somente o juiz que colheu a prova oral em audiência é competente para proferir sentença. Essas duas proposições, somadas, constituem reflexo da advertência de que **a realização de atos orais só podem caracterizar um processo oral na medida em que o julgamento seja proferido por aquela mesma pessoa que teve contato com as fontes da prova oral** (testemunhas, partes, eventualmente peritos)."⁴ [g.n.]

Nas palavras de Giuseppe Chiovenda, comentando o procedimento oral: "É claro, com efeito, que **tanto a oralidade quanto a imediatidade são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas**; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio de escritura, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito em relação ao julgador."⁵ [g.n.]

No longínquo Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 ("Regulamento 737"), o princípio da identidade física do juiz estava, de algum modo, ainda incipiente, presente (Art. 127⁶).⁷

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, afirmava o então Ministro da Justiça Francisco Campos:

3 O presente item é baseado na obra: Athos Gusmão Carneiro. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 21/37.

4 Candido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 558.

5 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, São Paulo: Saraiva, 1969, nº 309, p. 53/54.

6 "Art. 127. Posta a causa em prova, assignar-se-ha na mesma audiência uma só dilação de vinte dias, e esta dilação correrá independentemente de qualquer citação."

7 f. *Audiência de Instrução*... p. 81-82.

"O princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos autos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decide o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo visando à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las do ponto de vista do seu valor ou da sua eficácia em relação aos pontos debatidos."⁸

Neste último diploma legal, o princípio vinha encartado no artigo 120, cuja redação segue:

"Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Se, iniciada a instrução, o juiz falecer, ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário."

Indiscutível, em termos teóricos, a perfeição do texto e sua finalidade, mas sem qualquer pragmatismo, o que gerou inconvenientes narrados na história das Cortes Brasileiras, incabíveis neste ensaio⁹.

O Código de Processo Civil de 1973 repetiu a regra, porém com outra redação, buscando afastar os inconvenientes da anterior, como demonstra sua exposição de motivos, de lavra do Ministro da Justiça Alfredo Buzaid:

"Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O CPC se destina a servir ao Brasil. Atendendo a estas ponderações, julgamos de bom aviso limitar o sistema processual oral, não só no que toca ao princípio da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias. O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria. A exceção aberta à regra confirma-lhe a eficácia e o valor científico."¹⁰

A exposição de motivos é elucidativa quanto ao valor que o princípio carrega e suas dificuldades de implementação. Cuida da matéria o artigo 132 do Código de Processo Civil, cuja redação original segue *ipsis litteris*:

"Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas."

O texto, igualmente como demonstra a história, trouxe incontáveis inconvenientes, sendo alterado pela Lei nº 8.637, de 31 de março de 1993, quando passou a ter a redação atual:

8 Apud. *Audiência de Instrução...* p. 33.

9 Cf. op. cit. pp. 29/49.

10 Op. Cit. p. 35.

"Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor."

Com o objetivo declarado de aplacar os transtornos e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, fixou-se o marco da vinculação do juiz como sendo o encerramento da instrução, desde que, por óbvio – antecedente lógico –, tenha havido a colheita de prova oral, independentemente de sua qualidade ou quantidade.

O verbo utilizado é concluir, no sentido de – repita-se – encerrar a instrução, vale dizer, terminar a colheita da prova oral.

Este dispositivo, mais das vezes, vem sendo utilizado para dar conteúdo e forma ao princípio correlato em matéria de processo penal, o que, respeitados posicionamentos divergentes, não se afigura a melhor solução, nem tampouco a mais técnica, embora assim, a um primeiro olhar, pareça (em razão da analogia legis permitida pelo sistema processual penal – art. 3º, CPP).

3. Princípio da identidade física do juiz no processo penal

A aplicação do princípio da identidade física do juiz em matéria penal é reclamo antigo da doutrina, sobretudo em teses defensivas, na medida em que referido princípio, antes da reforma processual, não era aplicável.¹¹

Sobre o tema, Antônio Alberto Machado: "(...) se há um tipo de processo ao qual se deve aplicar o princípio da identidade física do juiz é exatamente o processo penal, porque é no âmbito dele que são julgadas as questões de maior gravidade para a vida do indivíduo e da sociedade, questões que envolvem direitos e liberdades fundamentais (...). Além do que, é o processo penal aquele que está mais intensamente comprometido com a verdade histórica dos fatos, portanto, são as decisões produzidas nele que frequentemente dependem de uma proximidade maior do juiz com a prova dos autos, avaliando as reações

133

11 "HABEAS CORPUS. O FATO DE HAVER O SUJEITO PASSIVO DO DELITO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, DESISTIDO DA QUEIXA OU PERDOADO, NÃO IMPLICA NA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (CRIME DE ESTELIONATO), E, EM SE TRATANDO DE AÇÃO PÚBLICA, MOVIMENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, SERIA A ESTE VEDADO DESISTIR DO PROSSEGUIMENTO DA MESMA. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AO REVÉS DO QUE PRECONIZA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO ADOTA O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E DA SENTENÇA. O DISPOSTO NO ART. 502 PAR. 2., DAQUELE CÓDIGO, É DE ORDEM FACULTATIVA E NÃO IMPERATIVA." [g.n.] (RHC 33519, Relator(a): Min. Sampaio Costa, Primeira Turma, julgado em 27/04/1955, ADJ DATA 03-12-1956 PP-02285 EMENT VOL-00223 PP-00692 EMENT VOL-00223-02 PP-00692); HABEAS-CORPUS; SUA CONCESSÃO. EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL, NÃO HÁ FALAR EM CONTINUIDADE DE COMPETÊNCIA POR ECONOMIA DE JUÍZO E É DISPENSADA A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ PROCESSANTE E JULGADOR." (HC 36718, Relator(a): Min. Nelson Hungria, Tribunal Pleno, julgado em 08/07/1959, EMENT VOL-00397-04 PP-01480 RJ VOL-00010-01 PP-00236) "EMENTA; HABEAS CORPUS - SENTENÇA CRIMINAL. NO PROCESSO PENAL NÃO VIGORA O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. É NULA A SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ APÓS DEIXAR O EXERCÍCIO DA VARA CRIMINAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS PROVIDO." [g.n.] (RHC 42387, Relator(a): Min. Evandro Lins, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/1965, DJ 18-08-1965 PP-*****); "CRIME DO ART. 281 DO CÓDIGO PENAL. I. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE E DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 356 E 282. II. NULIDADE DO AUTO DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E DO FLAGRANTE. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 563 E 566 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. III. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO CONTRADITÓRIO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS OU PROVAS, PORQUE INTIMPESTIVOS OS REQUERIMENTOS OU IRRELEVANTES PARA O ESCLARECIMENTO DA VERDADE. QUESTÃO QUE ENVOLVE REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA, VEDADO PELA SÚMULA 279. APLICAÇÃO DOS ARTS. 563 E 566 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IV. PRINCÍPIO DE IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ; INEXISTÊNCIA NO PROCESSO PENAL. V. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO." [g.n.] (RE 80376, Relator(a): Min. Eloy Da Rocha, Primeira Turma, julgado em 03/06/1975, DJ 15-08-1975 PP-*****); e "1. O C.R.PENAL NÃO IMPOE QUE O JUIZ DA INSTRUÇÃO CRIMINAL SEJA O MESMO DO JULGAMENTO. 2. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE ELA SOFRE DEFEITOS QUE A NULIFICAM. IMPROCEDÊNCIA. 3. PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS INDEFERIDA." [g.n.] (HC 58795, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/1981, DJ 12-06-1981 PP-05716 EMENT VOL-01216-01 PP-00139).

emocionais e o comportamento do réu no interrogatório, a franqueza e a credibilidade das testemunhas, a sinceridade e as emoções da vítima do crime etc.”¹²

O princípio da identidade física do juiz em matéria penal é indispensável sobretudo se se considerar que a prova criminal ainda é e talvez sempre o será, em sua maior parte, oral. O crime como fato social é apreendido pelas pessoas por seus sentidos humanos (visão, audição, olfato, paladar e tato); e estas pessoas que conheceram do fato precisam ir a Juízo narrar o que sabem, vale dizer, o que captaram com seus sentidos. A adoção do princípio da identidade física do Juiz é salutar, pois “a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável frequência, seres humanos que desconhece.”¹³

A reforma processual penal promovida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe para o processo penal a aplicação deste princípio, nos seguintes termos: artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal: “Art. 399. (...) § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

Nota-se, à primeira imagem, que a regra não foi contemplada por exceções, cuja omissão poderá ser compreendida como um *silêncio eloquente* do legislador ou mero esquecimento criador de lacuna legal a permitir a integração do sistema jurídico, por intermédio da analogia *legis*, tendo em vista que a matéria é regulada em outro ramo do direito processual como adiantado.

Em razão da omissão legislativa, pronuncia-se a doutrina pela aplicação subsidiária da regra respectiva aplicável ao processo civil: “A referida disciplina, porém, não pode ser vista com exageros, pois seria impossível, em todas as situações, que o mesmo juiz que colheu a prova venha a sentenciar o feito. Haverá hipóteses em que será impossível, física (morte) ou juridicamente (aposentadoria), que o mesmo magistrado que colheu a prova venha a julgar. Assim, como o texto legal não trouxe disciplina sobre a questão, entendemos aplicável o art. 132 do CPC por analogia (art. 3º, CPP), aplicando-se ao processo penal as exceções previstas naquele artigo.”¹⁴ No mesmo sentido de Guilherme de Souza Nucci.¹⁵

A solução, talvez, não seja exatamente esta, não no que se refere às exceções, mas, sobretudo, quanto ao marco de fixação da vinculação, que no processo civil é o *concluir* a instrução, ou seja, o seu encerramento.

A regra da identidade física do juiz, agora contida no processo penal, ressalte-se, deve ser aplicada a todos os procedimentos criminais, na forma e por força do § 5º, do artigo 394, do mesmo diploma legal, *ipsis litteris*: “§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.”

Diante do exposto, conclui-se que a vontade da lei, o desejo da reforma processual penal, foi prestigiar os princípios da concentração e da imediatidade, com o estabelecimento de audiência una (concentrada) para o início e fim da instrução, inclusive com a prolação de sentença após os debates orais, salvo nas causas complexas ou naquelas que envolverem número considerável de

12 *Curso de Processo Penal*. Ribeiro Preto: Legis Summa, 2007, p. 138. Apud: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 286.

13 René Ariel Dotti. O interrogatório à distância, Brasília: *Revista Consulex*, nº 29, p. 23. Apud. MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do código de processo penal. in *Revista da ESMP* - ano 1, n 1, vol. 2, p. 49-66, julho/dezembro-2008, p. 61.

14 Nova reforma ..., mesma página.

15 *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 720/721.

rés (art. 400, § 3º, CPP), de modo que o processo penal – cuja prova é mais das vezes oral – é procedimento igualmente oral, em contrapartida ao procedimento processual escrito.

Adotando o modelo de procedimento oral, seus princípios componentes (imediaticidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias) devem ser aplicados objetivando o fim para os quais existem, isto é, satisfazer ao procedimento oral e alcançar os seus benefícios.¹⁶

3.1. A nova legislação e os princípios constitucionais envolvidos

O regramento do princípio da identidade física do juiz no processo penal estabelece que o juiz que colheu as provas orais deverá, em regra, sentenciar o feito, em face da norma contida no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal:

“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” [g.n.]

Note-se que sua formulação vale-se de fórmula diferente daquela contida no Código de Processo Civil, tendo se valido o legislador de verbos diferentes para cuidar do mesmo princípio: i) *presidir*; e ii) *concluir*. Cuidar do mesmo princípio por fórmulas diferentes significa conferir regimes jurídicos distintos ao mesmo primado, o que é plenamente possível e ocorre entre diversos institutos de direito privado, quando comparados com seus respectivos no direito público e vice-versa, por exemplo.

Nas palavras do Ministro Carlos Maximiliano:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua ou este, juridicamente nulo”.¹⁷

Assim, não se deve preferir a interpretação mais cômoda àquela que conferir ao instituto jurídico seu verdadeiro e preciso alcance.

Sob outro aspecto, a interpretação do princípio da identidade física do juiz não pode afastar-se do texto constitucional, no qual encontra o seu fundamento de validade e o qual contém o princípio positivado da razoável duração do processo, nos seguintes termos:

16 A questão da oralidade no processo civil foi assim tratada por José Joaquim Calmon de Passos, que lamentou “a cruel deturpação que os tribunais, mal aparelhados em todos os sentidos, e os advogados que os acompanham vêm fazendo da oralidade do CPC”, afirmando que os debates orais que pós-seguem à fase instrutória, se limitavam “à apresentação (nem mesmo a leitura se usa mais) de memoriais previamente escritos, fazendo-se conclusão dos autos ao juiz para seu julgamento”. Narrou ainda que nunca tivera oportunidade “de ver uma instrução e julgamento finalizar com uma audiência. Nunca tive a felicidade de ver um juiz fixar os pontos controvertidos da causa. Nunca assisti a um debate oral verdadeiros. Nunca ouvi ser prolatada uma sentença em audiência.” (*Da revelia do demandado*. Ed. de 1960, nº 41, p. 109, apud. *Audiência de Instrução...*, p. 126-127). Assim não se passa todavia, havendo magistrados que fixam os pontos controvertidos e que proferem sentenças em audiências. As questões dos debates orais – atualmente previstos no Código de Processo Penal – são bem cuidadas por Athos Gusmão Carneiro, na obra citada às pp. 121-132, referindo-se ao processo civil.

17 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 166.

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” [g.n.] (art. 5º, CR).

A regra legal, hierarquicamente inferior à norma constitucional, com ela deve compatibilizar-se, em verdadeiro exercício de interpretação conforme a Constituição.

Afora essas considerações – quais sejam: redações díspares e razoável duração do processo, que deve ser mais efetiva na seara penal, na qual está em jogo o *ius libertatis* –, deve-se analisar o tema, também sob o prisma do juiz natural, como decorrência do devido processo legal.

Isso porque o valor do juiz natural, umbilicalmente ligado com a *perpetuatio iurisdictionis*¹⁸, não pode ser combatido por regra legal, a permitir o direcionamento de processos por via oblíqua, nem sempre em favor do interesse público.¹⁹

Presentes essas considerações propedêuticas e brevíssimas, passar-se-á a cuidar das várias possibilidades de interpretação da norma contida no § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal.

3.2 As possíveis interpretações do princípio em tela

O dispositivo admite seis interpretações possíveis, a saber:

a) a primeira, que vê na norma processual penal disposição idêntica àquela do Código de Processo Civil, aplicando-se-lhe, inclusive, as exceções à vinculação contidas no Código de Processo Civil, indistintamente – que não foram ressaltadas pela regra legal processual penal, em verdadeira ampliação de norma excepcional mitigadora do princípio-regra.

Neste caso, onde se lê: *que presidiu* deve-se-á ler *que concluiu*, alterando o conceito do verbo presidir para que se amolde ao regime jurídico processual civil, que se fosse o desejo do legislador, teria copiado a fórmula existente desde 1973 na redação original do Código de Processo Civil, posteriormente modificada em 1993.

Não parece a solução pretendida pela legislação que objetivou, nitidamente, a rápida solução da lide penal, unificando a audiência de instrução, concentrando os atos processuais, inclusive com prolação de sentença (regra). Teleologicamente a legislação buscou que o juiz, na fragrância da colheita da prova, proferisse sua decisão ao final dos debates orais²⁰, para que não perdesse as impressões pessoais decorrentes de sua colheita que lhe possibilitariam valorar

18 Cuida-se de fator de estabilização da competência do órgão jurisdicional.

19 “A garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função jurisdicional sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei. Seu significado político-liberal associa-se mais de perto às garantias do processo penal que do processo civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o acusado e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder: daí a ideia, sempre presente entre os estudiosos daquela matéria, de que a garantia do juiz natural impõe que o processo e julgamento sejam feitos pelo juiz que já fosse competente ao momento em que praticado o ato a julgar.” (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203).

20 “Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. § 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. § 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. § 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.”

melhor a prova, sempre pautada em fundamentação expressa e contida nos autos (livre convicção motivada).

b) a segunda, que colhe da norma processual penal, princípio diverso daquele aplicável ao processo civil, segundo o qual, seria irrelevante quem encerrou a instrução, podendo julgar o feito qualquer juiz que tenha presidido uma audiência de instrução, ainda que para ouvir uma única testemunha, mesmo de antecedentes.

Esta interpretação prestigia mais a finalidade da lei, pois todos os juízes que entraram em contato com a prova oral, e dela retiraram impressões pessoais, poderiam julgar a lide.

A cisão na colheita da prova não é desejada pelo sistema, mas, ocorrendo, outorgaria vinculação a qualquer um dos magistrados que a colheu. O problema surge quando nem um deles for o juiz natural do Juízo, caso em que restará a pergunta: a quem deverá ser remetido o processo? A interpretação analógica com o Código de Processo Civil diria que àquele que encerrou a instrução, mas isso poderia ir – e por vezes vai – de encontro com o espírito da lei, pois a cisão da colheita da prova pode gerar o seguinte inconveniente: um juiz realiza a colheita inicial da prova ouvindo a vítima – única “testemunha” ocular e presencial – de um crime sexual praticado na alcova escura de local ermo, cuja palavra, mais das vezes, é mais reveladora, do que o último ato de interrogatório – exercício do direito natural de defesa –, colhido por outro magistrado, ambos em substituição ao juiz titular da Vara, afastado por férias ou qualquer outra razão.

c) a terceira, que vê na norma processual penal regra diversa daquela aplicável ao processo civil, porém admitindo-se a incidência de suas exceções ao princípio, como forma de garantir o valor da celeridade processual, em verdadeira analogia *legis* – incidindo na espécie o artigo 3º do Código de Processo Penal (“Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”) –, independentemente de se tratar de réu preso ou solto.

Esta interpretação prestigia o *ius libertatis* e o *ius puniendi*, aquele quando o réu estiver preso e este quando houver risco de prescrição da pretensão punitiva.

Note-se que tanto o réu como o Ministério Público são partes no processo penal, devendo receber tratamento igualitário, na medida em que o julgador – imparcial por natureza – deve conferir a ambos as mesmas oportunidades.

É certo que entre o *ius libertatis* – embora individual – e o *ius puniendi* – social, porque referente a toda a população – deve-se prestigiar o primeiro, em razão do valor da dignidade da pessoa humana, enquanto elemento primeiro da Constituição da República em matéria de direitos fundamentais (humanos), embora o inverso também se possa interpretar, em razão da técnica de ponderação na interpretação de princípios e valores constitucionais aparentemente colidentes, não se lhes aplicando a regra do tudo ou nada (“all or nothing” – Ronald Dworkin).

d) a quarta, idêntica à anterior, com a ressalva de que apenas em casos de réus presos é que incidiriam as exceções previstas na lei processual civil, em função do valor da liberdade, o que geraria um tratamento desigual entre as partes do processo penal.

É verdade que se prestigiaria a dignidade da pessoa humana, mas impedir que novo julgador conhecesse do processo em vias de prescrição – sobretudo se virtual, para os que a admitem – seria um desrespeito ao direito do Estado de perseguir o crime, uma verdadeira apologia à impunidade e um descaso com uma das finalidades da sanção, de repressão geral do crime.

e) a quinta, que depreende da norma princípio diverso do aplicável ao processo civil, segundo o qual quem colheu a *melhor prova* (entendida esta como as provas de fatos, referentes à autoria e materialidade e não às circunstâncias judiciais) deve julgar o feito. Esta interpretação, facilmente aplicável quando um julgador colheu toda a prova de fato e outro recebeu apenas prova das circunstâncias judiciais, é de difícil incidência fora do extremo indicado, porque muito subjetiva.

No plano teórico, talvez, fosse a melhor solução, na medida em que vai de encontro ao objetivo pretendido pelo legislador com a reforma do processo penal. A *mens legis* seria melhor alcançada se aquele que iniciou a instrução a concluísse – sendo o que se espera do sistema – sobretudo se decidisse o processo no momento em que recebeu toda a prova, mas este mesmo fim poderia ser alcançado quando, embora mais de um juiz tenha recebido a prova oral, um deles tomou contato imediato com todas as provas relativas à autoria e materialidade do crime e o outro recebeu oralmente apenas fatores relativos à personalidade, culpabilidade e comportamento social do agente ou da vítima.

Teoricamente, e.g., é possível que um juiz ouça a vítima, as testemunhas de acusação presenciais e interroge o réu, sem encerrar a instrução, na medida em que faltaria ouvir testemunhas de defesa, mesmo contrariando a ordem do artigo 400 do Código de Processo Penal, com o aval da Defesa Técnica, por se tratarem, todas elas, de pessoas que nada sabem sobre o fato criminoso, mas que deporiam em juízo para os fins do artigo 59 do Código Penal. O primeiro magistrado, embora não tenha encerrado a instrução, certamente colheu a melhor prova e estará habilitado a julgar o fato (e não a pessoa) do que o segundo que a encerrou.

A adoção deste critério, afora do extremo, é difícil e sobretudo subjetiva, o que levaria a incontáveis controvérsias, de todo insanáveis, pois a melhor prova será aquela em que se baseou o julgador para decidir o feito de uma ou outra forma e, cada qual, poderá decidi-lo de um modo diferente, desde que fundamentadamente, em respeito à livre convicção motivada que governa a atividade jurisdicional.

De outro parte, a depender do crime, o reconhecimento pela vítima e sua palavra (primeiro ato da instrução) são a pedra angular da fundamentação (v.g. roubo na calada da noite, estupro, violência doméstica, etc.), em outras a melhor prova está no interrogatório do réu (último ato da instrução, v.g. crime de furto em que não há testemunhas oculares ou presenciais, mas o réu é encontrado em poder da *res furtiva*; crimes de injúria e difamação, etc.).

f) a sexta, que retira da norma comentada o princípio da identidade física apenas e tão somente quando o *caput* do artigo é cumprido integralmente pelo mesmo juiz, isto é, quando a audiência una pretendida pela reforma processual penal (arts. 399 e 400, CPP) for realizada integralmente, ainda que em sessões compartimentadas, mas presididas pelo mesmo juiz, uma vez que os parágrafos à cabeça do artigo se reportam (interpretação topográfica).

Por esta interpretação, a identidade física do juiz nasceria como consequência necessária e irrefutável da realização da audiência una como meio e forma de realização da colheita de prova oral, ou seja, realização do procedimento oral propriamente dito.

Isso porque, sendo a audiência una, um único juiz teria tomado contato, ainda que em momentos diferentes, com todos os elementos de prova existentes nos autos, estando, por isso, mais habilitado do que qualquer outro para proferir a decisão.

Assim, tendo participado mais de um juiz na colheita da prova, independentemente de quem haja encerrado a instrução, isto é, descumprido o desejo da audiência una, não haveria falar-se no princípio da identidade física do juiz, porque desrespeitado estaria o procedimento oral buscado pelo legislador reformador, pelo não cumprimento dos princípios da oralidade, da imediatidade e da concentração dos atos processuais, que informam e governam esta espécie de procedimento (escolhido pela legislação).

Cuida-se, ademais disso, de um critério eminentemente objetivo, que não geraria os conflitos subjetivos da interpretação anterior e permitiria a realização do valor da celeridade processual e do juiz natural.

Estas são as interpretações iniciais do dispositivo em comento.

4. Conclusões

Presentes todas estas possibilidades, cremos que a interpretação correta do § 2º, do artigo 399, do Código de Processo Penal, é a de que só há vinculação para o juiz que colheu *toda* a prova oral numa única audiência, ainda que seccionada. Inexistindo vinculação quando o magistrado não presidiu toda a instrução.

Trata-se de situação idêntica à das cartas precatórias (art. 222, CPP).

Com efeito, o juiz vinculado é aquele que presidiu a instrução por inteiro ou, havendo fracionamento da instrução (de todo indesejado pelo sistema), o juiz natural do feito e não o que encerrou a instrução, isto é, o juiz designado para officiar na Vara na qual tramita o processo, segundo as regras de organização judiciária, independentemente de quem concluiu a audiência, na medida da perpetuação da jurisdição, aplicável ao processo penal.²¹

Ainda segundo as considerações expendidas, estando o juiz vinculado ausente – vinculado porque colheu toda a prova oral –, independentemente da razão da ausência, estando o réu preso, a demora em seu julgamento se afiguraria inconstitucional (razoável duração do processo), de modo que qualquer magistrado designado para o Juízo no qual corre o processo, deve julgá-lo em tempo razoável, se for o caso.

É que a norma legal de vinculação não pode contrariar texto constitucional referente à celeridade.

O mesmo ocorre em sentido contrário, quando, mesmo estado solto o réu, o processo encontra-se à beira da prescrição da pretensão punitiva, em homenagem à máxima jurídica: *ubi eadem ratio, ubi eadem ius*, sob pena, pensando-se o contrário, de ferir o princípio da imparcialidade do juiz e da igualdade das partes.

Esta a interpretação sistemática das disposições aplicáveis à espécie, servindo o presente artigo para instigar o debate.

21 "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. INSTALAÇÃO DE NOVA VARA POSTERIORMENTE AO INÍCIO DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ORDEM DENEGADA. 1. A criação de novas varas, em virtude de modificação da Lei de Organização Judicial local, não implica incompetência superveniente do juízo em que se iniciou a ação penal. 2. O art. 87 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal, leva à perpetuação do foro, em respeito ao princípio do juiz natural. 3. Ordem denegada." [g.n] (RHC 83181, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 22-10-2004 PP-00005 EMENT VOL-02169-02 PP-00336 LEXSTF v. 27, n. 313, 2005, p. 406-415).

5. Bibliografia

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1 e 2, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do código de processo penal. in *Revista da ESMP* - ano 1, nº 1, vol. 2, p. 49-66, julho/dezembro 2008.